

Cour Administrative d'Appel de Nancy

N° 12NC01181

Inédit au recueil Lebon

4ème chambre - formation à 3

M. LAPOUZADE, président

M. Alain LAUBRIAT, rapporteur

M. WIERNASZ, rapporteur public

RAYMUNDIE, avocat(s)

lecture du lundi 18 novembre 2013

REPUBLIQUE FRANCAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS

Vu la requête, enregistrée le 10 juillet 2012, présentée pour la communauté de communes de Vesle Montagne de Reims, dont le siège est Place de la Mairie, à Sillery (51500), représentée par son président, par Me Raymundie, avocat ;

La communauté de communes de Vesle Montagne de Reims demande à la Cour :

1°) d'annuler le jugement n° 1000021 du 10 mai 2012 par lequel le tribunal administratif de Châlons-en-Champagne l'a condamnée à payer à la société Sade une somme de 77 590 euros en réparation du préjudice résultant pour cette société de son éviction irrégulière du marché conclu le 29 octobre 2009 ;

2°) de rejeter la demande présentée par la société Sade devant le tribunal administratif de Châlons-en-Champagne ;

3°) de mettre à la charge de la société Sade une somme de 5 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

La communauté de communes de Vesle Montagne de Reims soutient que :

- les dispositions de l'article 80 du code des marchés publics ne s'appliquant pas aux marchés passés sous la forme adaptée, c'est à tort que les premiers juges ont considéré que la circonstance qu'elle ait informé la société Sade du rejet de son offre après la signature du marché était constitutive d'une irrégularité de nature à affecter la validité du contrat ;

- la société Sade ayant accepté que son offre de base initiale soit présentée à nouveau sous forme de variante, la commission d'appel d'offres a pris en compte les deux variantes proposées par la société Sade pour procéder au classement des variantes ; les offres de base et les variantes ayant été notées selon les mêmes critères conformément au règlement de consultation, c'est à bon droit que la commission d'appel d'offres a classé premières les offres des sociétés Sade et Sogéa respectivement dans les catégories " offres de base " et " variantes " ; pour procéder à la sélection de la meilleure offre au stade de la comparaison entre la meilleure offre de base et la meilleure variante, la commission d'appel d'offres a procédé à une nouvelle notation au regard d'un référentiel commun, dont il est résulté que l'offre variante de la société Sogéa était l'offre économiquement la plus avantageuse ; c'est donc à tort que les premiers juges ont estimé que les modalités de notation et de classement des offres méconnaissaient les termes du règlement de consultation ;

- les ouvrages dont la construction faisait l'objet du marché conclu le 29 octobre 2009 présentant un intérêt majeur pour les habitants des communes de Ludes et Mailly Champagne, l'annulation de ce marché porterait une atteinte excessive à l'intérêt général ;

- la société Sade était dépourvue de toute chance sérieuse d'emporter le marché, aucune de ses offres n'étant économiquement la plus avantageuse ; c'est donc à tort que les premiers juges l'ont condamnée à payer à cette société une somme de 77 590 euros au titre du gain manqué ;

- la somme de 77 590 euros qu'elle a été condamnée à verser à la société Sade n'est pas justifiée ;

Vu le jugement attaqué ;

Vu en date du 22 février 2013, la communication de la requête à la société Sogéa ;

Vu l'ordonnance en date du 22 février 2013 fixant la clôture de l'instruction le 23 avril 2013 à 16 heures ;

Vu le mémoire en défense, enregistré le 22 avril 2013, présenté pour la société Sade, dont le siège social est au 28, rue de la Baume, à Paris (75008), représentée par son représentant légal en exercice, par Me Le Port, avocat ;

La société Sade demande à la Cour :

- de rejeter la requête ;

- de réformer le jugement du 10 mai 2012 du tribunal administratif de Châlons-en-Champagne en tant qu'il a rejeté les conclusions de sa demande tendant à l'annulation du marché attribuée par la communauté de communes de Vesle Montagne de Reims et à la société Sogéa ;

- d'annuler ce marché ;

- de mettre à la charge de la communauté de communes de Vesle Montagne de Reims une somme de 4 000 euros sur le fondement de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

La société Sade soutient que :

- en ne l'ayant informée du rejet de son offre qu'après la signature du marché, la communauté de communes ne l'a pas mise en mesure de mettre en oeuvre utilement une procédure de référé précontractuel ; la communauté de communes ayant ainsi méconnu les dispositions de l'article 1er du code des marchés publics, c'est à bon droit que les premiers juges ont considéré que la circonstance que le pouvoir adjudicateur l'ait informée du rejet de son offre après la signature du marché était constitutive d'une irrégularité de nature à affecter la validité du contrat ;

- la communauté de communes, au stade de la comparaison des variantes, a pris en compte une offre qu'elle avait déposée le 31 août 2009 alors que seules l'offre de base et la variante remises le 5 octobre 2009 devaient être prises en compte ; sa variante remise le 5 octobre 2009 aurait dû être classée première, avec une note de 89,3 contre 85,4 pour la variante Sogéa ; en tout état de cause, au stade de la comparaison de la meilleure offre de base avec la meilleure variante, la communauté de communes a procédé à une nouvelle notation de ces offres qui n'était pas prévue par le règlement de consultation ; qu'ainsi, c'est à bon droit que les premiers juges ont estimé que la communauté de communes avait méconnu le règlement de consultation ; au surplus, lors de cette seconde notation, la communauté de communes a modifié la note qui avait été initialement attribuée à son offre de base ; elle a par ailleurs attribué des notes différentes à des éléments de ses offres (de base et variantes) qui étaient parfaitement semblables ; la seconde notation effectuée par la communauté de communes est ce faisant entachée d'une erreur manifeste d'appréciation ;

- si le règlement de consultation avait été respecté, son offre aurait été classée première ; ayant ainsi des chances sérieuses d'emporter le marché, elle a droit à être indemnisée du bénéfice net qu'elle aurait pu escompter de l'exécution du marché ;

- les vices affectant la procédure de passation ayant eu une incidence sur le choix du cocontractant de l'administration, c'est à tort que les premiers juges ont refusé d'annuler le marché litigieux ; l'exécution du marché étant à ce jour terminée, aucun motif d'intérêt général ne s'oppose à son annulation ;

Vu l'ordonnance en date du 23 avril 2013 reportant la clôture de l'instruction au 13 mai 2013 à 16 heures ;

Vu le mémoire, enregistré le 13 mai 2013, présenté pour la communauté de communes de Vesle Montagne de Reims qui conclut aux mêmes fins que sa requête ;

La communauté de communes soutient que :

- les conclusions de la société Sade tendant à ce que le jugement du 10 mai 2012 soit annulé en tant qu'il a considéré que le marché ne devait pas être annulé sont irrecevables parce que tardives ;

- alors même que certains éléments des offres de la société Sade étaient semblables, elle était fondée à noter différemment ces éléments au regard des mêmes critères de notation selon qu'elle évaluait les offres de base entre elles ou les variantes entre elles ;

Vu la note en délibéré, enregistrée le 2 octobre 2013, présentée pour la société Sade ;

Vu la note en délibéré, enregistrée le 18 octobre 2013, présentée pour la communauté de communes de Vesle Montagne de Reims ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu le code des marchés publics ;

Vu le code de justice administrative ;

Les parties ayant été régulièrement averties du jour de l'audience ;

Après avoir entendu au cours de l'audience publique du 30 septembre 2013 :

- le rapport de M. Laubriat, premier conseiller,

- les conclusions de M. Wiernasz, rapporteur public,

- et les observations de Me Dobsik, avocat, pour la communauté de communes de Vesle Montagne de reims, et Me Le Port, avocat, pour la société Sade ;

1. Considérant que la communauté de communes de Vesle Montagne de Reims (CCVMR) a lancé une procédure adaptée afin d'attribuer un marché public ayant pour objet la construction des ouvrages de transfert des eaux usées des communes de Ludes et Mailly-Champagne ; que trois entreprises ont déposé une offre, dont les sociétés Sogéa Est BTP et Sade ; que le marché a été attribué à la société Sogéa ; que par courrier du 6 novembre 2009, la société Sade a été informée du rejet de son offre ; que la CCVMR a indiqué à la société Sade par courriers des 18 et 20 novembre 2009 les motifs détaillés de cette décision de rejet ; que par une ordonnance du 9 décembre 2009, le juge des référés précontractuels du tribunal administratif de Châlons-en-Champagne a rejeté comme irrecevable la requête en référé précontractuel introduite par la société Sade le 23 novembre 2009, le marché ayant été signé le 29 octobre 2009 ; que par une requête enregistrée au tribunal administratif de Châlons-en-Champagne le 5 janvier 2010, la société Sade a sollicité l'annulation du marché conclu le 29 octobre 2009 et la condamnation de la CCVMR à lui payer une somme de 77 590 euros en réparation du préjudice subi du fait de son éviction irrégulière ; que la CCVMR fait appel du jugement du 10 mai 2012 en tant qu'il a mis à sa charge la somme de 77 590 euros ; que la société Sade conclut au rejet de la requête et demande, par la voie de l'appel incident, l'annulation du jugement du 10 mai 2012 en tant qu'il a rejeté ses conclusions à fin d'annulation du marché passé le 29 octobre 2009 ;

Sur l'appel principal :

2. Considérant que, indépendamment des actions dont les parties au contrat disposent devant le juge du contrat, tout concurrent évincé de la conclusion d'un contrat administratif est recevable à former devant ce même juge un recours de pleine juridiction contestant la validité de ce contrat ou de certaines de ses clauses, qui en sont divisibles, assorti, le cas échéant, de demandes indemnitaires ; qu'il appartient au juge, saisi de telles conclusions,

lorsqu'il constate l'existence de vices entachant la validité du contrat, d'en apprécier les conséquences ; qu'il lui revient, après avoir pris en considération la nature de l'illégalité éventuellement commise, soit de prononcer la résiliation du contrat ou de modifier certaines de ses clauses, soit de décider de la poursuite de son exécution, éventuellement sous réserve de mesures de régularisation par la collectivité contractante, soit d'accorder des indemnités en réparation des droits lésés, soit enfin, après avoir vérifié si l'annulation du contrat ne porterait pas une atteinte excessive à l'intérêt général ou aux droits des cocontractants, d'annuler, totalement ou partiellement, le cas échéant avec un effet différé, le contrat ;

En ce qui concerne la régularité de la procédure de passation :

S'agissant du manquement tiré du défaut d'information en temps utile des candidats évincés :

3. Considérant qu'aux termes de l'article 26 du code des marchés publics dans sa version en vigueur du 21 décembre 2008 au 1er janvier 2010 : "[...] II.-Les marchés et accords-cadres peuvent aussi être passés selon une procédure adaptée, dans les conditions définies par l'article 28, lorsque le montant estimé du besoin est inférieur aux seuils suivants : [...] 5° 5/ 150 000 € HT pour les travaux. [...] " ; qu'aux termes de l'article 28 du même code dans sa version en vigueur du 21 décembre 2008 au 1er janvier 2010 : " Lorsque leur valeur estimée est inférieure aux seuils mentionnés au II de l'article 26, les marchés [...] de travaux peuvent être passés selon une procédure adaptée, dont les modalités sont librement fixées par le pouvoir adjudicateur en fonction de la nature et des caractéristiques du besoin à satisfaire, du nombre ou de la localisation des opérateurs économiques susceptibles d'y répondre ainsi que des circonstances de l'achat. [...] " ; que l'article 80 du même code dans sa rédaction issue du décret n° 2008-1134 dispose : " I. - 1° Pour les marchés et accords-cadres passés selon une des procédures formalisées, le pouvoir adjudicateur avise, dès qu'il a fait son choix sur les candidatures ou sur les offres, tous les autres candidats du rejet de leurs candidatures ou de leurs offres, en indiquant les motifs de ce rejet. / Un délai d'au moins dix jours est respecté entre la date à laquelle la décision de rejet est notifiée aux candidats dont l'offre n'a pas été retenue et la date de signature du marché ou de l'accord-cadre.[...] " ;

4. Considérant qu'il résulte des dispositions précitées de l'article 80 du code des marchés publics qu'elles ne sont pas applicables aux marchés passés selon la procédure adaptée prévue par les articles 26 et 28 du code des marchés publics ; que toutefois, lesdits marchés sont soumis aux principes généraux posés au II de l'article 1er du même code, selon lesquels " les marchés publics [...] soumis au présent code respectent les principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures (...) " ; qu'à ce titre, il incombe notamment à la personne responsable du marché d'informer les candidats évincés du rejet de leur candidature ou de leur offre et de respecter un délai raisonnable avant de signer le marché afin de permettre aux intéressés, éventuellement, de contester le rejet qui leur est opposé ; qu'ainsi qu'il a été dit, la société Sade a été informée du rejet de son offre par un courrier du 6 novembre 2009 alors que le contrat a été signé par la CCVMR le 29 octobre 2009 ; que, par suite, la CCVMR n'est pas fondée à soutenir que c'est à tort que les premiers

juges ont considéré que la circonstance qu'elle ait informé la société Sade du rejet de son offre après la signature du marché était constitutive d'une irrégularité de nature à affecter la validité de la procédure de passation ;

S'agissant des manquements dans la procédure de sélection des offres :

5. Considérant que l'article 4-2 du règlement de consultation définit la méthode à mettre en oeuvre pour classer les offres ; que cet article 4-2 prévoit ainsi de noter les offres de base au regard des 7 critères prévus à l'article 4-1 pour obtenir une note sur 100, de noter les variantes au regard des mêmes critères là encore pour obtenir une note sur 100, de comparer les offres de base entre elles et les variantes entre elles, de classer les offres de base d'une part, les variantes d'autre part, enfin de comparer la meilleure offre de base à la meilleure offre variante ; qu'à l'issue de ce processus, la commission d'appel d'offres a classé premières les offres des sociétés Sade et Sogéa respectivement dans les catégories " offres de base " et " variantes " avec le même nombre de points, soit 85,4 / 100 ;

6. Considérant, en premier lieu, que tant devant les premiers juges qu'en appel, la société Sade fait valoir qu'au stade de la comparaison des variantes, la CCVMR a pris en compte une variante qu'elle avait déposée le 31 août 2009 alors que seule la variante déposée le 5 octobre 2009 devait être prise en considération et que la prise en compte de la variante remise le 31 août 2009 avait eu pour effet de dégrader la notation de sa variante remise le 5 octobre 2009 ; que la société Sade soutient que si la communauté de communes avait pris en compte uniquement sa variante déposée le 5 octobre 2009, cette dernière aurait dû être classée première, avec une note de 89,3 contre 85,4 pour la variante Sogéa dès lors en outre, d'une part, qu'elle aurait dû obtenir les notes de 17/20 au critère n° 3 en lieu et place de la note de 15/20 et de 6/10 au critère n° 4 en lieu et place de la note de 5/10, d'autre part, que la variante de la société Sogéa n'aurait pu prétendre qu'à la note de 20,4 sur 35 au critère n° 6 en lieu et place de 23,4 sur 35 ;

7. Considérant qu'il ressort du courrier du 5 octobre 2009 transmis par la société Sade à la communauté de communes que la société Sade a entendu, d'une part, déposer une nouvelle offre de base, d'autre part faire de son offre de base initiale une variante ; qu'en revanche, il ne résulte pas de ce courrier qu'elle ait entendu faire de la variante déposée le 31 août 2009 une seconde variante comme le prétend la communauté de communes ;

8. Considérant, d'une part, que si cette erreur de la CCVMR a mécaniquement une incidence sur le critère 6 -coût d'investissement des travaux- pour lequel la note attribuée à chaque candidat est égale au produit de 35 par le rapport entre le montant de l'offre la moins élevé sur le montant de l'offre du candidat, cette incidence se limite au cas d'espèce à porter la note de la variante Sade sur ce critère de 30,6 à 35 et celle de la variante Sogéa de 20,4 à 23,4 ; que, d'autre part, pour soutenir que sa variante aurait dû être notée 17/20 sur le critère n° 3 et 6/10 sur le critère n° 4, la société Sade se borne à faire valoir que les fournitures proposées au titre du critère n° 3 et les contraintes et difficultés techniques au titre du critère n° 4 étant les mêmes dans son offre de base et dans sa variante, elle aurait dû obtenir pour sa variante au titre de ces deux critères les

mêmes notes que pour son offre de base ; que toutefois les offres auxquelles était comparée sa variante étant différentes de celles auxquelles était comparée son offre de base, la commission d'appel d'offres a pu noter différemment des éléments semblables des offres de la société Sade au regard des autres offres auxquelles elles étaient comparées ; qu'en égard à ce qui précède, la note finale de la variante Sade aurait été de 86,3/100 contre 88,4/100 pour la variante Sogéa ; que la société Sade n'est donc pas fondée à soutenir que le classement des variantes opéré par CCVMR et plaçant en première position la variante Sogéa serait entaché d'une erreur manifeste d'appréciation ;

9. Considérant, en second lieu, que pour choisir entre l'offre de base de la société Sade, classée première de la catégorie " offres de base ", et l'offre variante de la société Sogéa, classée première de la catégorie " variantes ", la CCVMR a procédé à une nouvelle notation de ces deux offres ; que comme l'ont constaté les premiers juges, ni l'article 4-2 du règlement de consultation, ni aucune autre disposition de ce règlement ne prévoit une seconde notation des offres restant en lices au regard des critères de l'article 4-1 dans le cas où, comme cela s'est produit en l'espèce, la meilleure offre de base et la meilleure variante obtiennent la même note ; que par suite, c'est à bon droit que les premiers juges ont considéré que la CCVMR avait méconnu les termes du règlement de consultation en procédant à une nouvelle notation pour départager la meilleure offre de base et la meilleure variante ;

En ce qui concerne les conclusions indemnitaires :

10. Considérant que lorsqu'une entreprise candidate à l'attribution d'un marché public demande la réparation du préjudice né de son éviction irrégulière de ce dernier, il appartient au juge de vérifier d'abord si l'entreprise était ou non dépourvue de toute chance de remporter le marché ; que, dans l'affirmative, l'entreprise n'a droit à aucune indemnité ; que, dans la négative, elle a droit en principe au remboursement des frais qu'elle a engagés pour présenter son offre ; qu'il convient ensuite de rechercher si l'entreprise avait des chances sérieuses d'emporter le marché ; que, dans un tel cas, l'entreprise a droit à être indemnisée de son manque à gagner ;

11. Considérant qu'ainsi qu'il a été dit, aucune disposition du règlement de consultation ne prévoyait une seconde notation des offres au stade de la comparaison entre la meilleure offre de base et la meilleure variante ; qu'ainsi, pour apprécier si la société Sade avait des chances sérieuses d'emporter le marché, il convient de prendre en compte pour elle comme pour la société Sogéa les notes que chacune d'elles avait obtenues lors des phases de sélection de la meilleure offre de base pour l'offre Sade et de la meilleure variante pour l'offre Sogéa pour les critères 1, 2, 3, 4, et 5 ; qu'en revanche, les critères 6 - coût d'investissement des travaux - et 7 - délais d'exécution - sont des critères relatifs imposant de comparer les deux offres restant en lices l'une par rapport à l'autre ; qu'au vu des coûts d'investissement et des délais d'exécution indiqués dans leurs offres respectives, les notes pour ces deux critères auraient été de 35/35 et 14,4/15 pour l'offre Sade contre 25,9/35 et 15/15 pour l'offre Sogéa ; que compte tenu par ailleurs des notes obtenues par les deux concurrentes pour les critères 1, 2, 3, 4 et 5 lors de la phase précédente, les notes finales auraient été de 89,4/100 pour l'offre Sade et 90,9 pour l'offre Sogéa ; qu'ainsi la société Sade n'avait pas de chance sérieuse d'emporter le marché ;

que par suite, la CCVMR est fondée à soutenir que c'est à tort que les premiers juges l'ont condamnée à payer à la société Sade une somme de 77 590 euros au titre du gain manqué ; que le jugement du 10 mai 2012 doit en conséquence être annulé ;

Sur l'appel incident :

Sans qu'il soit besoin de statuer sur la recevabilité :

12. Considérant qu'ainsi qu'il a été dit, la CCVMR a méconnu les règles d'information des candidats non retenus pour l'attribution du marché ainsi que la procédure de sélection des offres ; que ces irrégularités affectant la procédure de passation n'ont pas trait à l'objet même du marché et n'ont eu aucune incidence sur le choix du cocontractant de la CCVMR ; que par suite, la société Sade n'est pas fondée à soutenir que c'est à tort que les premiers juges ont refusé d'annuler le contrat ;

13. Considérant qu'il résulte de tout ce qui précède que la communauté de communes de Vesle Montagne de Reims est fondée à soutenir que c'est à tort que, par l'article 1er du jugement attaqué, le tribunal administratif de Châlons-en-Champagne l'a condamnée à payer à la société Sade la somme de 77 590 euros en réparation du préjudice résultant pour cette société de son éviction irrégulière ;

Sur les conclusions tendant à l'application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative :

14. Considérant qu'il n'y a pas lieu, dans les circonstances de l'espèce, de mettre à la charge de la société Sade la somme que la communauté de communes de Vesle Montagne de Reims demande au titre des frais exposés et non compris dans les dépens ; que les dispositions du même article font par ailleurs obstacle à ce que la somme demandée au même titre par la société Sade soit mise à la charge de la communauté de communes de Vesle Montagne de Reims, qui n'est pas la partie perdante ;

D É C I D E :

Article 1er : Le jugement du 10 mai 2012 du tribunal administratif de Châlons-en-Champagne est annulé.

Article 2 : La demande présentée par la société Sade devant le tribunal administratif de Châlons-en-Champagne est rejetée.

Article 3 : Les conclusions d'appel incident de la société Sade ainsi que celles présentées sur le fondement des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative sont rejetées.

Article 4 : Le présent arrêt sera notifié à la communauté de communes de Vesle Montagne de Reims, à la société Sade et à la société Sogéa Est BTP.

”

”

”

”

2

N° 12NC01181

Abstrats : 39-02 Marchés et contrats administratifs. Formation des contrats et marchés.